

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2021-00522-00

ACCIONANTE: EDWIN ENRIQUE BARROS CORONADO

ACCIONADA: KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.

VINCULADA: A.F.P. PORVENIR S.A.

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los ocho (08) días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por el señor **EDWIN ENRIQUE BARROS CORONADO**, actuando en nombre propio, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social y a la estabilidad ocupacional reforzada, presuntamente vulnerados por la empresa **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.**

RESEÑA FÁCTICA

Afirma el accionante que nació el 14 de noviembre de 1960 y actualmente tiene 61 años de edad.

Que estuvo vinculado laboralmente con la sociedad **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.** mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de enero de 2020 para ejercer el cargo de Gerente de Proyectos.

Que el salario pactado ascendía a la suma de \$13.000.000, en la modalidad de salario integral, y fue el ingreso base de cotización al sistema de pensiones.

Que se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual, a través de la A.F.P. PORVENIR, y no ha causado pensión de vejez, ni ningún derecho pensional sustituto o equivalente.

Que la accionada decidió terminar unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo a partir del 01 de julio de 2021.

Que, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, tenía 61 años, 4 meses y 13 días.

Que la desvinculación laboral lo deja sin ingresos, en un momento en el que se estaría configurando su derecho pensional, afectando seria y gravemente su calidad de vida y la de su grupo familiar.

Con sustento en lo anterior, solicita que se amparen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.** el reintegro en el cargo de Gerente de Proyectos, sin solución de continuidad desde el 02 de julio de 2021, restableciendo el contrato de trabajo a término indefinido. Como medida provisional, que se ordene a la accionada el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, que se hubieren causado desde la fecha de la desvinculación y hasta el reintegro.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.:

La accionada allegó contestación el 30 de agosto de 2021, en la que corrobora la edad del accionante, y acepta la existencia de la relación laboral en la modalidad contractual, fecha de inicio y cargo.

Que el último salario devengado por el accionante era de \$13.208.000, el cual era ordinario y no integral, en tanto esa sociedad realizó el pago de todas las prestaciones sociales.

Que es cierto que el accionante se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la A.F.P. PORVENIR.

Que no es cierto que el actor no tenga configurado su derecho a acceder a una pensión de vejez, pues conforme a la información aportada por él al momento de aplicar al cargo, demostró con su *curriculum vitae* y certificaciones que tenía más de 33 años de experiencia es decir, que tenía 33 años de semanas cotizadas.

Que se infiere que, en la actualidad, el accionante cuenta por lo menos con las 1.150 semanas requeridas para acceder a la pensión mínima, de conformidad al artículo 65 de la Ley 100 de 1993, encontrándose sólo a la espera de cumplir con el requisito de edad.

Que, por lo anterior, el actor no cumple con los requisitos para ser cubierto por el fuero de retén social o de pre pensionado.

Que es cierto que la sociedad optó por terminar el contrato laboral del accionante el 01 de julio de 2021, sin justa causa.

Que resulta extraño que el actor indique que su calidad de vida se ha visto seria y gravemente afectada con la terminación del contrato de trabajo, pues para ese momento, la sociedad realizó el pago de la indemnización del artículo 64 del C.S.T., recibiendo el pago de la liquidación por más de \$25.000.000.

Por lo anterior, la accionada se opone a la prosperidad de las pretensiones y solicita denegar la acción de tutela por improcedente, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad, en tanto la presente controversia debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria laboral, máxime cuando el actor no acredita la existencia de un perjuicio irremediable que permita su procedencia siquiera de manera transitoria.

A.F.P. PORVENIR S.A.:

La vinculada allegó contestación el 30 de agosto de 2021, en la que indica que, conforme a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, se trata de un conflicto derivado de una relación laboral entre el accionante y su empleador, situación en la que nada tiene que ver la A.F.P.

Que el señor **EDWIN ENRIQUE BARROS CORONADO** se encuentra válidamente afiliado a la A.F.P. y registra como empleador a **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.** con último periodo cotizado julio de 2021 y novedad de retiro reportada para el mismo mes.

Que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante ni por acción ni por omisión, pues quien está llamado a responder en este caso es **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.**

Por lo anterior, solicita ser desvinculada del presente trámite constitucional.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos

fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social y estabilidad ocupacional reforzada del señor **EDWIN ENRIQUE BARROS CORONADO**, al haber sido desvinculado laboralmente por su empleador **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.**, sin tener en cuenta su condición de pre pensionado?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*, procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Alta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración². Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales³.

Así las cosas, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos

¹ Sentencias T-228 de 2012 y T-177 de 2011. Ver también las Sentencias T-731, T-677, T-641 y T-426 de 2014; T-891, T-889, T-788 y T-736 de 2013; T-1074, T-1058, T-1047, T-932, T-928, T-778, T-703, T-699, T-452, T-358, SU-195 y T-001 de 2012; SU-339, T-531, T-649, T-655, T-693, T-710 y T-508 de 2011; T-354 de 2010; C-543 de 1992, entre otras.

² Sentencia T-753 de 2006.

³ Sentencia T-406 de 2005.

en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:

(i) Los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** Se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** El titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto ha indicado, que el perjuicio ha de ser **inminente**, esto es, que la amenaza está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea **grave**, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad⁴.

De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, **el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela**. Así se pronunció la Corte, sobre el punto:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte⁵ que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el

⁴ Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

⁵ Sentencia T-290 de 2005.

afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”⁶.

En consonancia con lo anterior, la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, “como quiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente”⁷.

En síntesis, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y la naturaleza legal de las relaciones laborales, implican, en principio, la improcedencia de la acción de tutela, pues tratándose de trabajadores, éstos tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos. Sin embargo, ante indiscutibles condiciones de debilidad de quien reclama, que suponen la protección reforzada de su estabilidad laboral, aquellas acciones ordinarias pueden resultar inidóneas o ineficaces para brindarles un remedio integral, motivo por el que la protección procederá de manera definitiva. Finalmente, la protección también podrá concederse, aunque de manera transitoria, si se verifica la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL REINTEGRO LABORAL, SALVO QUE SE TRATE DE RESGUARDAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA, CUYOS SUPUESTOS DEBEN ESTAR DEMOSTRADOS.

En lo que se refiere a las solicitudes de reintegro laboral, la Corte Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que en principio la acción de tutela no resulta procedente para resolver controversias derivadas de las relaciones de trabajo⁸, en virtud de la existencia de mecanismos judiciales ordinarios ante la Jurisdicción Laboral o la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según sea la naturaleza de la vinculación jurídica del demandante⁹.

Así, por ejemplo, en el caso de vínculos laborales entre particulares regidos por el Código Sustantivo del Trabajo, las controversias relacionadas con reintegros se deben resolver en la Jurisdicción Laboral a través de una demanda ordinaria; mientras que, en lo que atañe a las relaciones laborales que se originan entre una entidad del Estado y un servidor público,

⁶ Sentencia T-436 de 2007.

⁷ Sentencia T-649 de 2011.

⁸ Sentencias T-400 de 2015, T-663 de 2011 y T-864 de 2011.

⁹ Sentencia T-400 de 2015.

estos debates –por lo general– se deben solucionar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del medio de control que corresponda para el efecto, es decir, en estos asuntos existe una alternativa judicial distinta a la tutela, mediante la cual se puede desplegar todo el debate probatorio necesario para determinar si hubo o no una decisión ajustada a derecho por parte de empleador.

En efecto, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en el numeral 1° de su artículo 2º, contempla la regla de competencia en cabeza del juez laboral para conocer de todos aquellos conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, como el relacionado con el reintegro y las demás prestaciones derivadas de la protección a la estabilidad laboral reforzada.

Es de señalar, que la Corte ha hecho extensiva la protección mencionada *“(…) a todos aquellos trabajadores que, de ser despedidos o desvinculados, quedarían sumidos en una completa situación de desprotección, como aquellos que han sufrido menguas en su salud o en su capacidad general para desempeñarse laboralmente”*¹⁰ y solo en esta singular hipótesis, ha aceptado la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada allí contenido, pues, como se dijo, por regla general estas controversias son de conocimiento del juez ordinario.

Así, la Alta Corporación ha anotado que si bien el despido de un sujeto de especial protección constitucional es un asunto de relevancia constitucional, la protección de sus derechos puede garantizarse a través del mecanismo ordinario, en la medida en que el legislador desarrolló las garantías contenidas en la ley, precisamente para que el juez laboral tuviera la competencia y las herramientas legales necesarias para conocer de este tipo de procesos¹¹.

Ahora bien, respecto a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, la Corte ha señalado que *“ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata”*¹², lo que requiere del juzgador constitucional un análisis de las condiciones de vulnerabilidad del accionante¹³, la cual se materializa en tres condiciones, a saber: *“(i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional, (ii) hallarse en una situación de riesgo (condición subjetivo negativa) y (iii) carecer de resiliencia, esto es, de capacidad para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva)”*¹⁴.

¹⁰ Sentencia T-419 de 2016.

¹¹ Sentencia T-298 de 2014.

¹² Sentencia T-318 de 2017.

¹³ Sentencia T-664 de 2017.

¹⁴ Sentencia T-670 de 2017.

Al respecto, en la Sentencia T-102 de 2020 la Corte señaló que, aun cuando se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio en tratándose de sujetos de especial protección constitucional, dicha situación debe tener como fundamento la necesidad de evitar la posible configuración de un perjuicio irremediable. En ese orden,

“...el juez de tutela debe verificar si las particulares circunstancias del tutelante constituyen “una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial”. En suma, le corresponde valorar si, en concreto, le es exigible o no el deber de acudir al proceso ordinario laboral para reclamar la protección de sus intereses.

En la Sentencia SU-040 de 2018, se recogieron las reglas que la jurisprudencia¹⁵ ha fijado en relación con la estabilidad reforzada para que proceda su protección:

“(i) La tutela no puede llegar al extremo de ser considerada el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo, en la medida en que no existe un derecho fundamental general a la estabilidad laboral. Sin embargo, en los casos en que la persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, la tutela puede llegar a ser procedente como mecanismo de protección¹⁶, atendiendo las circunstancias particulares del caso.

(ii) El concepto de “estabilidad laboral reforzada” se ha aplicado en situaciones en las que personas que gozan de ella, han sido despedidas o sus contratos no han sido renovados, en claro desconocimiento de las obligaciones constitucionales y de ley, para con las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas discapacitadas u otras personas en estado debilidad manifiesta.

(iii) Con todo, no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita. Para que la defensa por vía de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación fue consecuencia de esa particular condición de debilidad, es decir, con ocasión de embarazo, de la discapacidad, de la enfermedad, etc. En otras palabras, debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral¹⁷.”¹⁸

En conclusión, la naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas alternativas y que, por lo tanto, no se pretenda instituir a la acción de tutela como el medio principal e idóneo para la reclamación de prestaciones sociales. La Corte Constitucional ha determinado que no es una elección del accionante acudir al mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico o

¹⁵ Sentencias T-427 de 1992; T-441 de 1993; T-576 de 1998 y T-826 de 1999, entre otras.

¹⁶ Sentencia T-576 de 1998.

¹⁷ Sentencia T-826 de 1999.

¹⁸ Sentencia T-077 de 2014.

interponer la acción de tutela, si así lo prefiere, pues, de ser así, la acción de tutela respondería a un carácter opcional y no subsidiario como el que le es propio¹⁹.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PREPENSIONADOS

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional se ha referido al derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse²⁰. El desarrollo de esta línea jurisprudencial se ha dado de forma más amplia en el contexto de reestructuración de la administración pública donde diferentes entidades estatales han sido objeto de procesos de liquidación por lo que se ha instituido la figura del retén social con el fin de garantizar los derechos al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de las personas más vulnerables dentro de estas entidades como lo son las personas que se encuentran próximas a cumplir los requisitos para acceder a una pensión legal.

Así, la Alta Corporación se ha referido a los prepensionados como aquellas personas próximas a pensionarse en el contexto de los procesos de renovación de la administración pública, entendiendo que *“tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”*.²¹

Con todo, la protección de este grupo poblacional ha trascendido la órbita de la reestructuración estatal abarcando las diferentes situaciones en las que estas personas son desvinculadas del servicio generándose una afectación de sus derechos fundamentales. Son diferentes las sentencias que se han ocupado del alcance de esta protección por fuera del contexto de la renovación de la administración pública²², pero resulta particularmente diáfana la distinción realizada por la Corte en la Sentencia T-326 de 2014, en donde se precisó lo siguiente:

“El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables²³. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura

¹⁹ Sentencia T-647 de 2015.

²⁰ Sentencias T-1045 de 2007, T-009 de 2008, T-989 de 2008, T-1238 de 2008, T-802 de 2012, T-326 de 2014, y T-357 de 2016.

²¹ Sentencia C-759 de 2009.

²² Sentencia T-186 de 2013.

²³ Sentencias C-044 de 2005, T-768 de 2008, C-795 de 2009 y T-729 de 2010.

del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública”.

En este orden de ideas, la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del **sector privado** que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

En la Sentencia T-638 de 2016, la Corte Constitucional reiteró que para proteger el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores del sector privado no existe una Ley como la 790 de 2002 que establece claramente la garantía de no terminar los contratos laborales de los empleados del sector público.

En todo caso, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de pre pensionado no es suficiente para ordenar el reintegro sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de éste o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero.

LA CALIDAD DE PREPENSIONADO EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Corte Constitucional, en la Sentencia **T-055 de 2020** se pronunció sobre las personas afiliadas al Régimen de Ahorro Individual que pretenden la estabilidad laboral reforzada por tener la calidad de pre-pensionados.

En esta providencia, la Corte recordó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada para los pre-pensionados puede aplicarse en otro tipo de contextos u escenarios, como serían aquellos en que se haya desvinculado a un servidor público por razones distintas a

la prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002²⁴, o cuando lo propio haya sucedido con un trabajador vinculado a una entidad de orden privado²⁵.

Por esta razón, conforme a la regla prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, la Corte concluyó, en sus tempranos pronunciamientos, que para determinar si un trabajador tenía la calidad de pre-pensionado, había que verificar si en los 3 años siguientes a la fecha de su desvinculación, lograría adquirir la edad y el mínimo requerido de semanas para acceder al derecho si estaba afiliado al RPM, u, obtendría el capital necesario para hacerse al beneficio pensional si se encontraba en el RAIS²⁶.

En caso de que ello se configurara y, por supuesto, luego de valorar las condiciones en que se produce esa desvinculación, el juez constitucional debía ordenar el respectivo reintegro que, en cualquier caso, no podía extenderse más allá de la fecha de inclusión en nómina de la pensión de vejez debidamente reconocida²⁷.

Sin embargo, el alcance de esta regla fue delimitado –para quienes se encuentran afiliados al RPM– por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-003 de 2018. En esa providencia, se propuso resolver dos problemas jurídicos. En uno de ellos, buscaba definir si: *“(...) cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”*.

Al abordar de manera directa la cuestión planteada, la Sala Plena consideró que, en tales eventos, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez. Esta interpretación se fundó en que *“la prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (...)*”.

²⁴ Sentencias T-186 de 2013 y T-326 de 2014, entre otras.

²⁵ Sentencia T-357 2016. En aquella oportunidad esta Corte manifestó que *“(...) la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”*.

²⁶ Aun cuando esta regla ha sido enunciada por esta Corporación, como ocurrió en la Sentencia SU-003 de 2018, lo cierto es que la Corte no ha ordenado nunca el reintegro de un trabajador afiliado al RAIS. Esto porque nunca se ha logrado demostrar que la persona se encuentre a tres años o menos de pensionarse dado que las reglas de ese Régimen son disímiles.

²⁷ Sentencia T-357 de 2016.

Habida cuenta de esta última consideración, estas serían las situaciones que podrían presentarse con quien asegure ser un pre-pensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida:

Contexto de la persona	Condición de pre-pensionado
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	Sí
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No
c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	Sí
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

Así se observa que, de conformidad con la postura unificada de la Corte, solo en los supuestos a y c podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de pre-pensionada, pues allí el empleador estaría frustrándole, abiertamente, su derecho a acceder a la pensión de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.

Ahora bien, como ya se manifestó, la Corte ha contemplado la posibilidad de que quien cotice al **Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad** pueda ser considerado un pre-pensionado. Pero dado que los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son sustancialmente distintos, la valoración que haga el juez constitucional respecto a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada para ese tipo de afiliados debe tener en cuenta ese presupuesto²⁸. **De manera que, podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, acudiendo a la analogía con lo dispuesto para los afiliados al Régimen de Prima Media, quien esté a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima²⁹.**

²⁸ El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS– encuentra sustanciales diferencias con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM– en lo que tiene que ver, principalmente, con la destinación de los aportes, los requisitos para acceder a la pensión y el monto de la misma. Mientras en el RPM las cotizaciones de sus afiliados son dirigidas a un fondo común de naturaleza pública, administrado en la actualidad por Colpensiones, y los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, así como para calcular su cuantía, están definidos en la ley; en el RAIS los aportes de la persona constituyen una cuenta individual de ahorro, administrada por una entidad de orden privado, y el reconocimiento y monto de la misma prestación depende del capital acumulado (que deberá, como mínimo, permitir el acceso a una pensión superior al 110% del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993).

²⁹ Ley 100 de 1993, artículo 65. “Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión. // Parágrafo: Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley”.

Así, si encontrándose en alguna de las circunstancias anteriores un empleado que es despedido, podría afirmarse que el empleador frustró su expectativa pensional y por tanto procede el amparo, fundamentalmente, de su derecho a la seguridad social.

No obstante, a efectos de establecer el alcance de la protección constitucional antedicha, debe recordarse que la misma no se traduce, *per se*, en una permanencia indefinida en el empleo, así como tampoco puede desprenderse de ella una cláusula según la cual las relaciones de trabajo son perennes. De ello se sigue que la estabilidad laboral para las personas que cuenten con la condición de pre-pensionados, no puede entenderse de manera absoluta dado que, en todo caso, será importante analizar la naturaleza del vínculo y el contexto de la terminación contractual³⁰.

En conclusión, las personas afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también gozan de la estabilidad laboral reforzada bajo la figura de pre-pensionado siempre y cuando i) le falten 3 años para acumular la totalidad del capital requerido para obtener la pensión, o ii) le falten menos de 3 años para completar las 1.150 semanas para acceder a la garantía de pensión mínima.

CASO CONCRETO

El señor **EDWIN ENRIQUE BARROS CORONADO** interpone acción de tutela en contra de la empresa **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.**, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social y estabilidad ocupacional reforzada.

Afirma el actor que sostuvo una relación laboral con la empresa accionada desde el 20 de enero de 2020 hasta el 01 de julio de 2021, y que el contrato de trabajo fue terminado de manera unilateral por el empleador y sin justa causa, desconociendo su condición de pre pensionado, razón por la cual solicita se ordene su reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales, y los aportes a la seguridad social, causados desde la fecha de la desvinculación y hasta el reintegro.

La accionada **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.**, acepta la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos y que el mismo terminó sin justa causa; sin embargo, dice no ser cierto que el accionante no tenga configurado su derecho a acceder a la pensión de vejez, pues conforme a su hoja de vida, es dable inferir que, al momento de su contratación tenía 33

³⁰ Sentencias T-269 de 2017 y C-588 de 1995. En la segunda Sentencia, se advirtió que: *“Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquella se torne en absoluta, sino que, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo.”*

años cotizados, de manera que, a la fecha, cuenta con las 1.150 semanas de cotización para acceder a la garantía de pensión mínima y, en consecuencia, no está amparado por el fuero que reclama. Aduce, además, que no puede admitirse que la calidad de vida del actor se haya visto “*seria y gravemente afectada*” con la terminación del contrato de trabajo, pues le reconoció una indemnización conforme al artículo 64 del C.S.T., de manera que recibió por concepto de liquidación final de prestaciones sociales una suma superior a \$25.000.000.

Previo a realizar el correspondiente análisis, es necesario determinar la legitimación en la causa de las partes intervinientes en el presente trámite; así como el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela: inmediatez y subsidiariedad.

Frente a la legitimación en la causa activa y pasiva, está probado que entre las partes existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo a término indefinido.

En cuanto a la inmediatez, se tiene que la terminación del contrato de trabajo data del 01 de julio de 2021, mientras que la acción de tutela se presentó el 26 de agosto de 2021, tiempo razonable.

Sin embargo, el Despacho considera que en este caso no se cumple con el requisito de subsidiariedad para que la controversia se ventile por medio de la acción de tutela, por las razones que se pasan a exponer:

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En este caso, la discusión deviene de la terminación de la relación laboral que vinculaba a las partes, es decir, se trata de un conflicto económico jurídico de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende de la lectura del artículo 2° del C.S.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001: “*La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.*”

No obstante, el accionante no acudió al juez ordinario laboral para la resolución de su conflicto, sino que, una vez terminado su contrato de trabajo, consideró prioritario acudir a la acción de tutela, frente a lo cual se debe decir, que prescindir de la Jurisdicción Ordinaria, en un caso como éste, comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad del interesado de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado, que un proceso ordinario laboral que busque el reconocimiento de los derechos laborales, es idóneo para lograr proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego. Lo anterior, debido a que el objetivo de un proceso de esa naturaleza es solucionar los conflictos de orden laboral, contando con mecanismos de recaudo de pruebas, que sin lugar a dudas permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para la protección de los derechos afectados.

De este modo, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, que en este caso corresponde a un proceso ordinario laboral eficaz e idóneo, la presente acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como mecanismo transitorio de protección en caso de que se comprobara que el accionante se encuentra sometido a la posible materialización de un *perjuicio irremediable*.

Sin embargo, en el presente caso no hay prueba alguna de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable de los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital o la seguridad social del accionante, pues no se encuentra acreditada una situación de debilidad manifiesta que amerite la intervención del Juez de tutela de manera inmediata.

En primer lugar, si bien el actor manifestó en el hecho octavo que, con la terminación del contrato de trabajo se genera una afectación directa en su mínimo vital, pues esa desvinculación lo deja sin ingresos económicos en un momento en que estaría configurando su derecho pensional, lo que afecta "*seria y gravemente*" su calidad de vida y la de su grupo familiar, lo cierto es que no se aportó ninguna prueba que demuestre la veracidad de dicha afirmación y, en consecuencia, no es dable suponer que el salario que percibía el actor fuera su única fuente de ingresos para suplir los gastos básicos de subsistencia, pues ni así se indicó en la tutela, ni se allegó algún soporte de ello.

Al respecto, cabe destacar que, según lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional³¹, cuando se alega como perjuicio irremediable la afectación al mínimo vital, dicha afirmación debe acompañarse de alguna prueba, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, siquiera de forma sumaria, los hechos en que basa sus pretensiones.

³¹ Sentencias T-702 de 2008 y T-381 de 2017.

En todo caso, es importante resaltar que, en su contestación la accionada afirmó que con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, procedió a reconocerle al accionante y pagarle junto con la liquidación final de prestaciones sociales, la respectiva indemnización; afirmación que se encuentra probada con la copia de la liquidación allegada junto con la tutela, en la que se evidencia que al señor **EDWIN ENRIQUE BARROS CORONADO** le fue reconocida por los referidos conceptos la suma total de **\$25.969.585**³².

Lo anterior permite visualizar que el actor actualmente no se encuentra desprotegido ante una grave e irreparable afectación a su mínimo vital, o en un estado de inminente incertidumbre para costear los gastos necesarios para llevar una vida en condiciones dignas; es decir, estando acreditado que la accionada le reconoció la suma descrita a la finalización del contrato, no se evidencia que su capacidad económica se encuentre seriamente comprometida y que sea insuficiente para procurarse su subsistencia y la de su núcleo familiar.

En segundo lugar, el accionante sostiene en el acápite de fundamentos de derecho de la acción de tutela, que como no ha cumplido los requisitos legales para la causación de la pensión de vejez, se hace necesario mantener la vigencia de la relación laboral para que no se frustre su expectativa pensional, aduciendo que, al tener 61 años de edad, esto es, al estar a menos de un año de cumplir la edad correspondiente para acceder al derecho, cuenta con una estabilidad ocupacional reforzada³³.

Frente a ello, lo primero que debe decirse es que, tal como se indicó en el marco normativo de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el fuero de “*pre pensión*” busca proteger la expectativa del trabajador de obtener la pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo, pues ello impediría que la persona siga efectuando las cotizaciones necesarias para obtener tal derecho.

En ese orden, en tratándose del Régimen de Prima Media, los supuestos en que puede considerarse que una persona cuenta con la condición de pre-pensionada son: a) cuando está a 3 años o menos de cumplir la edad y de completar las semanas mínimas de cotización; y b) cuando está a 3 años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad. Mientras que en el **Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)** podrá gozar de dicha calidad a) quien se encuentre a 3 años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, b) quien esté a 3 años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima.

³² Página 18 del archivo pdf “001. AcciónTutela”

³³ Página 6 ibidem

Descendiendo al caso concreto, se encuentra probado con las documentales obrantes en el plenario, que el señor **EDWIN ENRIQUE BARROS CORONADO** se encuentra afiliado al **RAIS** a través de la **A.F.P. PORVENIR**. Sin embargo, el Despacho no encuentra que esté acreditada ninguna de las circunstancias previstas en la jurisprudencia constitucional para que pueda predicarse una situación de especial protección de la que sea beneficiario el accionante frente al fuero de “*pre pensión*”.

En lo que respecta al primer requisito, esto es, que el trabajador se encuentre a 3 años o menos para alcanzar el capital mínimo para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, se tiene que en el *sub examine* dicha exigencia no se cumple por cuanto, si bien la **A.F.P. PORVENIR** en su contestación no elevó ninguna manifestación frente al capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, lo cierto es que, de la Historia Laboral se desprende que, con corte al 01 de septiembre de 2021, tiene un monto total acumulado de **\$915.257.597** entre el saldo de la cuenta individual y el bono pensional³⁴. Dicho monto, conforme a las reglas de la experiencia, puede considerarse suficiente para que el accionante pueda obtener una mesada superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora, frente al segundo requisito, esto es, que al trabajador le falten 3 años o menos para completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la **garantía de pensión mínima**, debe decirse que tampoco se evidencia que el caso del actor se enmarque dentro de dicho supuesto.

El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 establece la garantía de pensión mínima de vejez en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. *Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.*

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley”.

De acuerdo con la norma transcrita, el accionante no cumple aún con el primer requisito para acceder a dicha garantía, como quiera que, conforme a la Historia Laboral, nació el 14 de noviembre de 1960, por lo que, a la fecha, tiene 61 años de edad.

³⁴ Páginas 4 a 12 del archivo pdf “016.AtiendeRequerimientoPorvenir”

No obstante, en relación con el cumplimiento de las semanas de cotización, según el registro de la referida Historia Laboral, el actor en la actualidad acredita un total de **1.443** semanas cotizadas, es decir, que ya cuenta con el mínimo de **1.150** semanas exigidas en la norma para acceder a la garantía de la pensión mínima de vejez.

En este punto es importante reiterar que, conforme a la jurisprudencia constitucional, *“cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”* dado que el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral y, en consecuencia, con el despido el empleador no estaría frustrando el acceso a la prestación de vejez³⁵.

Conforme a lo expuesto, es dable concluir, que en el presente caso no existen razones suficientes que permitan establecer el perjuicio irremediable alegado por el accionante, que tenga la entidad de afectar de manera grave e inminente su mínimo vital, así como la dignidad humana suya y de su familia, ni que desconozca de manera flagrante su derecho fundamental a la seguridad social; de manera que, no se evidencia la necesidad y urgencia de la intervención del juez constitucional.

Bajo el panorama analizado, el actor puede acudir al proceso ordinario laboral y esperar las resultas del mismo, por cuanto al analizar sus condiciones particulares, el Despacho encuentra que, pese a que tiene 61 años, lo cierto es que *(i) no se halla en una situación de riesgo y (ii) no carece de resiliencia, esto es, de capacidad para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria* que zanje la controversia.

Lo anterior, máxime cuando el accionante se encuentra a 2 meses de cumplir los 62 años de edad que le permitirían acceder a la garantía de pensión mínima de vejez; estando además acreditado que la accionada a la terminación del contrato de trabajo le reconoció por concepto de liquidación una suma de dinero que le permitiría procurarse su subsistencia mientras le es reconocido el derecho pensional.

En ese orden, en el presente asunto:

- (i) Existe una vía idónea (acción ordinaria laboral) para ventilar la controversia suscitada entre las partes, que aún no ha sido agotada, y cuya eficacia no quedó desvirtuada; y
- (ii) No se percibe la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o una situación que revista tal gravedad, o que ponga al peticionario del amparo en situación de indefensión, de manera

³⁵ Sentencia SU-003 de 2018

que amerite la intervención del juez constitucional, por lo que deberá acudir ante el juez natural para reclamar los derechos aquí pretendidos.

En consecuencia, concluye el Despacho, que la presente acción de tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

Finalmente, se desvinculará del presente trámite a la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **EDWIN ENRIQUE BARROS CORONADO** en contra de **KAPSCH TRAFFICCOM S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, por falta de legitimación en la causa.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ